

# ***O RECONHECIMENTO JUDICIAL DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA NA EXECUÇÃO FISCAL***

---

**WILNEY MAGNO DE AZEVEDO SILVA**

*Juiz Federal Substituto da 22ª Vara Federal, na 2ª Região Judiciária da Justiça Federal (Rio de Janeiro e Espírito Santo). Professor de Direito Processual Civil e Direito Processual Penal.*

## ***A NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO.***

A alínea *b*, do inc. III, do art. 146, da Constituição da República, defere à lei complementar a atribuição de estabelecer normas gerais, em matéria de legislação tributária, especialmente, sobre *obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributárias*.

O Código Tributário Nacional, embora anterior à Carta Magna, atende aos objetivos da norma citada, motivo por que foi recebido com o *status* de lei complementar pelo Estatuto Político, naquilo em que não o contraria.

A disciplina da prescrição, na referida lei complementar, encontra-se nos arts. 156, V, e 174, no Capítulo (Quarto) concernente às modalidades de *extinção* do crédito tributário.

Cumpra-me convir, pois, em que o tratamento juridicamente conferido à prescrição, em âmbito tributário, equivale ao da *caducidade* - do mesmo modo como ocorre na esfera penal (art. 107, IV, do Código Penal) - motivo por que diverge, radicalmente, daquele destinado ao mesmo instituto jurídico, no plano civil. Neste, a prescrição liberatória<sup>1</sup> está relacionada ao exclusivo interesse das partes, e apenas submete a eficácia da pretensão condenatória a uma condição resolutiva,<sup>2</sup> a saber, a oferta da exceção, pelo interessado.<sup>3</sup> Eis por que não pode o juiz reconhecê-la de ofício, no âmbito civil.

Em tema tributário, porém, a prescrição é matéria de direito público e objeto de disciplina jurídica peculiar, com fundamento na *autonomia do Direito Tributário*<sup>4</sup> garantido pelo Código Tributário Nacional (arts. 109, 110, 118 e 126).

---

<sup>1</sup> Não cogito, no texto, da prescrição *aquisitiva* - ou usucapião -, mas, tão-somente, da prescrição liberatória, também conhecida como extintiva ou punitiva.

<sup>2</sup> Emprego a expressão *condição resolutiva* em sentido amplo, para indicar um fato processual incerto - a oferta da defesa indireta (exceção, *lato sensu*) de conteúdo material (prescrição é tema de mérito) - cuja ocorrência tem o efeito de resolver (desfazer, diluir) a eficácia da pretensão de haver o pagamento. Registro, porém, o pertinente reparo oferecido por Antunes Varella: "Há (...) uma diferença fundamental entre a *condição resolutiva*, que opera *ipso jure*, e a impropriamente chamada *condição resolutiva tácita*, que, assentando sobre um verdadeiro direito à resolução, só funciona se o contratante lesado quiser. A *condição resolutiva tácita* (...) é fonte de um *direito à resolução*, porque atribui ao contraente lesado pelo inadimplemento um direito *potestativo* à extinção dos efeitos do contrato. (ANTUNES VARELA, J.M. *Direito das obrigações* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2ª tiragem, 1979, v. II, p. 282).

<sup>3</sup> Qualquer pessoa titular de interesse jurídico ao reconhecimento da prescrição, e não apenas o devedor (art. 162, *in fine*, do Código Civil).

<sup>4</sup> É um princípio que garante à norma tributária a possibilidade de afastar-se da disciplina do direito comum, observados os parâmetros postos pelo Código Tributário Nacional. Com base neste enunciado, por exemplo, não é possível a repetição do imposto de transmissão incidente sobre venda de imóvel que, realizada em fraude a credores, seja invalidada por decisão judicial. O mesmo princípio também permite a tributação do rendimento obtido com o trabalho de um menor cuja idade não ultrapasse quatorze anos, e que, não obstante, está constitucionalmente impedido de trabalhar (art. 7º, XXXIII, da Constituição da República). O referido princípio pode ser ilustrado com a máxima latina *pecunia non olet - dinheiro não cheira* -, cuja autoria é atribuída ao imperador Vespasiano. O mencionado governante romano impôs um *tributo sobre as latrinas*, pelo fato de que, à época (69-79, E.C.), a urina era uma substância cara, utilizada no processo de curtição de peles. Como Tito, filho do imperador, censurou o pai pelo lançamento do imposto, Vespasiano aproximou do nariz do filho algumas moedas de ouro, provenientes da referida tributação, e indagou se tinham cheiro. Foi assim que, provada a evidência, o imperador cunhou o adágio em comento... (LISSNER, Ivar. *Os césores*. 2ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964, pp. 194 e 199).

Peço vênia para reproduzir o que dispõem as duas primeiras normas citadas, cuja disciplina é fundamental para o reconhecimento de que a prescrição desfruta de tratamento jurídico especial, no âmbito do Direito Tributário:

*Art. 109 - Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para a pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários (grifei).*

*Art. 110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias (grifei).*

A primeira destas normas é muito clara: É possível à lei tributária estabelecer *efeitos* jurídicos peculiares, até mesmo para institutos de direito privado, no âmbito do Direito Tributário. E isto se me afigura ainda mais óbvio se estes efeitos específicos decorrem do próprio Código Tributário Nacional.

E o segundo dispositivo da lei complementar tributária não desautoriza a conclusão que exponho: A lei tributária não pode alterar as características jurídicas (definição, conteúdo e alcance) dos institutos de direito privado referidos pelos atos normativos fundamentais (Constituições e Leis Orgânicas), *no que toca à determinação de competências tributárias*. O que o Código Tributário Nacional proíbe é a burla ao princípio federativo: a alteração da estrutura básica da Federação Brasileira (da qual a definição de competências tributárias é um dos princípios fundamentais), em decorrência de ato normativo de validade jurídica inferior. De resto, o tratamento jurídico especial não é vedado pela lei complementar tributária.

Recordo, a propósito, a afirmação do eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso:

*Concedo, pois, que o legislador tributário poderia, alterando o princípio tradicional do Direito Privado,*

*estabelecer que a decadência poderia ser interrompida. Da mesma forma, poderia a lei tributária estabelecer que a prescrição poderia ser declarada de ofício.*<sup>5</sup>

E efetivamente o fez. O comando do inc. V, do art. 156, desta lei complementar é claro e de aplicação direta:

*Art. 156 - Extinguem o crédito tributário:*

*(...)*

*V - a prescrição e a decadência;*

*(...).*

Assim como o lançamento (que reconhece a ocorrência do fato imponible), faz nascer a obrigação tributária, é-me possível afirmar, também, que um outro fato imponible - o decurso do tempo, *in albis*, quer a título de decadência, quer a título de prescrição - a faz desaparecer.

A jurisprudência e a Doutrina mais autorizadas são pacíficas em reconhecer o *efeito de caducidade decorrente da prescrição, no âmbito tributário*. Eméritos juristas admitem a existência, tanto do direito à obtenção de *certidão negativa de débito*, quanto à própria *repetição de indébito*, em caso de crédito tributário prescrito.

Como expressivo exemplo, posso mencionar o seguinte aresto do E. Tribunal Regional Federal da Segunda Região Judiciária da Justiça Federal:

*Tributário - Pedido de Certidão Negativa de Débito (CND) - Mandado de Segurança.*

*Illegal é o ato da autoridade arrecadadora da instituição previdenciária ao negar Certidão Negativa de Débito..*

---

<sup>5</sup> VELLOSO, Carlos Mário da S. A decadência e a prescrição do crédito tributário - As contribuições previdenciárias - A Lei nº 6.830, de 22-9-80: Disposições inovadoras, in Revista de direito tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 9-10, pp. 194-195. O grifo não está no original.

*Reconhecido pela sentença de primeiro grau que o débito que impediria o fornecimento de CND estava prescrito, não tem sentido a resistência da autoridade impetrada à liberação das certidões.*

*Negado provimento à remessa oficial, confirmando a sentença recorrida, em decisão unânime.*<sup>6</sup>

Registro, também, os abalizados endossos doutrinários dos Juízes Federais Hugo de Brito Machado e Sebastião de Oliveira Lima:

*Na Teoria Geral do Direito, a prescrição é a morte da ação que tutela o direito, pelo decurso do tempo previsto em lei para esse fim. O direito sobrevive, mas sem proteção. Distingue-se neste ponto, da decadência, que atinge o próprio direito. (...). O CTN, todavia, diz expressamente que a prescrição extingue o crédito tributário (art. 156, V). Assim, em nosso Direito Tributário a prescrição não extingue apenas a ação, mas também o próprio direito. (...) Essa observação, que pode parecer meramente acadêmica, tem, pelo contrário, grande alcance prático. Se a prescrição atingisse apenas a ação para a cobrança, mas não o próprio crédito tributário, a Fazenda Pública, embora sem ação para cobrar seus créditos depois de cinco anos de definitivamente constituídos, poderia recusar o fornecimento de certidões negativas aos respectivos sujeitos passivos. Mas como a prescrição extingue o crédito tributário, tal recusa obviamente não se justifica.*<sup>7</sup>

*O (...) argumento é-nos dado por Rubens Gomes de Souza: (...) o fundamento da repetição dos pagamentos não voluntários, como são os de tributos, não é o erro do devedor mas a ausência de causa legal'(...). Assim, extinto o crédito tributário pela ocorrência da prescrição, inexistente causa legal*

---

<sup>6</sup> TRF/2ª, REO nº 202823-RJ, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Celso Passos, Unânime, j. 3-9-90, DJ 30-10-90. Os grifos não estão no original.

<sup>7</sup> MACHADO, Hugo de B. *Curso de direito tributário*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 146/147, item 4.7. Os grifos não estão no original.

*para o pagamento, o que o torna indevido e sujeito à repetição.*<sup>8</sup>

Este é o motivo por que assevero que, *do mesmo modo como ocorre no âmbito penal*, é possível ao juiz reconhecer o efeito da prescrição, *ex officio*, no campo tributário. Em termos processuais, cogito, *in casu*, de uma efetiva *objeção de mérito*:

*Até aqui, falou-se em exceção em sentido amplo, como sinônimo de defesa. (...) Por outro ângulo (o conhecimento da defesa pelo juiz), fala-se em objeção, para indicar a defesa que pode ser conhecida de ofício (p. ex., incompetência absoluta, coisa julgada, pagamento) e em exceção em sentido estrito, para indicar a defesa que só pode ser conhecida quando alegada pela parte (...). No tocante à primeira, o réu tem o ônus relativo de alegá-la; quanto à segunda, o ônus é absoluto.*<sup>9</sup>

*(...) As objeções, todavia, segundo os estudos de Chiovenda, são matérias que independem de sustentação pela parte, podendo ser objeto de conhecimento ex officio, circunstância essa que funciona como elemento diferencial entre a exceção e a objeção.*<sup>10</sup>

Recorro, mais uma vez, ao prestigioso ensinamento de Sebastião de Oliveira Lima:

*Entendemos (...) que o Código Tributário Nacional permite a declaração da prescrição ex-officio. (...) Em outras palavras, a prescrição tributária extingue, não apenas a ação que assegura um direito mas também o próprio direito. Repugna essa afirmação? Pensamos que não (...) o Código*

---

<sup>8</sup> LIMA, Sebastião de O. *A declaração pelo juiz, de ofício, da prescrição tributária*, in *Caderno de pesquisas tributárias. Decadência e prescrição*. 3ª tiragem, 1991. São Paulo: Resenha Tributária e Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1976, v. 1, p. 435. Alguns grifos não estão no original.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada P. et alii. *Teoria geral do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 271, item 168.

<sup>10</sup> CAIS, Cleide P. *O processo tributário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 275, nota 474.

*Tributário Nacional, ao permitir que a prescrição extinga a própria obrigação tributária não comete nenhum sacrilégio jurídico. (...) a exegese conjunta de seus arts. 113, § 1º e 156, inc. V, nos permite afirmar que, ocorrida a prescrição, extintos estarão não apenas o crédito tributário mas também a obrigação tributária. Assim, parece-nos não se aplicar ao direito tributário a afirmação de que quem paga um crédito prescrito não pode pedir a sua restituição, eis que o direito em si permanecia íntegro. (...) a doutrina é unânime em afirmar que o juiz pode, de ofício, declarar a ocorrência da decadência, pois, afirmam os estudiosos, esse instituto implica na perda do direito e, então, passa a inexistir qualquer obrigação a ser satisfeita. (...) Câmara Leal pontifica que a decadência, por isso que extingue o direito, deve ser reconhecida e julgada pelo juiz independentemente de arguição pelo interessado (...) Vemos, assim, que a decadência extingue a obrigação tributária e, em consequência, excluído estará o crédito tributário. Na prescrição, extinto estará o crédito tributário e, em consequência, também a obrigação tributária (...) Assim pergunto: - por que pode o juiz declarar, de ofício, a decadência e não a prescrição? É porque, no primeiro caso, inexistente o próprio direito? E, no segundo, esse direito porventura existe? (...) É por isso que ousa afirmar que, em direito tributário, pode o juiz declarar, de ofício, tanto a decadência como a prescrição.<sup>11</sup>*

A jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, bem como do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, endossa a concepção que presentemente exponho:

*Execução Fiscal. É possível reconhecer de ofício a prescrição tributária. As disposições do art. 40 e seus parágrafos, da Lei de Execução Fiscal, devem ser interpretadas em harmonia com o princípio geral da prescrição tributária contido no art. 174, do Código Tributário Nacional. Descabimento de condenação em ônus*

---

<sup>11</sup> LIMA, Sebastião de O. *Idem*, pp. 431/434. Os grifos não estão no original.

*sucumbenciais se o réu sequer foi citado. Provimento parcial do recurso. (...) Ao contrário da sustentação do apelante, tenho para mim que a prescrição em matéria tributária pode ser declarada de ofício, conforme decidido na sentença recorrida. Conforme entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça (...), a norma do art. 40 da Lei nº 6.830/80 merece interpretação harmônica com o princípio geral da prescrição tributária inscrito no art. 174 do Código Tributário Nacional, que é lei complementar e, no particular, recepcionada pela nova ordem constitucional. (...) No caso em pauta a execução foi proposta em outubro de 1984, tendo transcorrido mais de um decênio sem que o devedor fosse citado, circunstância que torna inequívoca a consumação da prescrição a ser declarada de ofício, em homenagem ao princípio da estabilidade das relações jurídicas.*<sup>12</sup>

*Execução Fiscal. Empresa devedora. Penhora de bem de sócio. Falta de citação pessoal oportuna do sócio. (...) Prescrição tributária. A prescrição prevista no art. 156, inc. V, do CTN, por ser instituído supralegal, previsto pela Constituição (art. 146, inc. III, letra b) não se subordina às normas processuais comuns, como as do § 2º do art. 8º e do art. 40 da Lei nº 6.830, de 1980, além de se equiparar com a decadência, bem como, ocorrido o quinquênio, sem causa interruptiva (CTN, cabeça e parágrafo do art. 174 do CTN), elimina, extingue o próprio direito material, o crédito fiscal. (...) Embargos desacolhidos, por maioria. (...) 2 - (...) A prescrição tributária, decorrente de lei complementar, prevista por texto constitucional (CF, de 1988, art. 146, inc. III, letra b) sobrepõe-se a qualquer norma de processo comum, de modo especial, ao § 3º do art. 2º, ao § 2º do art. 8º e ao cabeça do art. 40 da Lei, nº 6.830, de 1980, e não elimina apenas a ação, mas extingue o próprio crédito tributário, segundo norma clara do inc. V do art. 156 do CTN. Trata-se, em suma, de norma de direito material do Fisco, vale dizer o crédito, segundo afirma Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, em*

---

<sup>12</sup> TJ/RJ, AC. nº 3.575/95, Sétima Câmara Cível, Unânime, Rel. Des. Amaury Arruda de Souza, j. 16-4-96. Grifei.



*comento ao art. 146 da Lei Maior do País (in Da Tributação e do Orçamento e a Nova Constituição, Aide Editora, 1ª ed. 1989, item 7, p. 42/45). (...) Ora, com a extinção do próprio crédito tributário pela prescrição perde a lide o objeto (...). Daí, a nítida inaplicabilidade dos arts. 166, do CC, e 219, § 5º, do CPC. Mais, a extinção do crédito tributário pela prescrição contemplada pelo art. 1556, inc. V, do CTN passa, então, a ser para o contribuinte não mera questão patrimonial, mas uma garantia legal contra o Fisco.*<sup>13</sup>

Isto, aliás, não causa a menor espécie a quem se recorda de que os dois ramos do Direito acima mencionados (o penal e o tributário), exatamente porque lidam com os bens jurídicos mais importantes para o homem, abaixo da vida (a liberdade e o patrimônio), são disciplinados pelo ordenamento positivo de maneira extremamente similar - ao ponto de compartilharem, até mesmo, conceitos e princípios gerais, como é o caso do princípio da estrita legalidade (da pena e do tributo) e a noção de tipo (penal e tributário).

E não é surpresa, tampouco, para quem leva em conta o cotidiano da *instância administrativa, onde a prescrição é habitualmente reconhecida, de ofício, pela própria Administração, repito, sem provocação do interessado:*

*A instância administrativa tem sido neste ponto mais realista que a instância judiciária. As prescrições contra a Fazenda Pública são ali, de regra, reconhecidas, sem necessidade de invocação pelo contribuinte. E os órgãos administrativos julgadores, quando lhes acontece verificarem que o direito reclamado pela Fazenda está prescrito, reconhecem-no de pleno (rectius, de plano), independentemente de arguição. E, às vezes, até, por sugestão dos próprios órgãos fiscais, ao falarem nos processos.*<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> TJ/RS, EI nº 590066833, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Maioria, Rel. Des. Celeste Rovani, j. 5-4-91. Grifei

<sup>14</sup> NUNES, Reginaldo. *Da prescrição em favor do estado e sua declaração ex officio*, in RT 352/26-28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, nº 352, p. 28. Grifei. Retifiquei nos parênteses do texto.

Acentuo, ademais, que a possibilidade de reconhecimento *ex officio* da prescrição, em causas de interesse da Fazenda Pública, não deve ser havida como contrária aos interesses da pessoa estatal. Muito ao revés, pois *é igualmente possível ao juízo reconhecer o decurso da prescrição em favor do ente público, independentemente de provocação do interessado*. Os interesses tutelados pela Fazenda reputam-se indisponíveis, motivo por que não cabe, juridicamente, presumir tenham sido objeto de renúncia.

*(...) quando a prescrição de direito favorece a Fazenda Pública (...) esta não pode estar sujeita às suscetibilidades atribuídas aos indivíduos - que dispõem do que é seu - e a respeito dos quais se pode admitir a renúncia tácita de uma defesa, que, por hipótese, não querem usar. O que está em jogo nas obrigações de direito público é o patrimônio da coletividade, onde a renúncia de direitos (mesmo os de defesa) não se deve presumir.*<sup>15</sup>

#### **A POSSIBILIDADE DE O CURADOR ESPECIAL EXCEPCIONAR PELA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA. DESNECESSIDADE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO**

*Ora, se é possível ao juiz reconhecer a prescrição tributária de ofício, com muito mais razão pode fazê-lo, a requerimento do Curador Especial. A jurisprudência é pacífica em admitir a possibilidade de o representante judicial do réu revel citado por edital*<sup>16</sup> *excepcionar pela prescrição:*

*Prescrição Vintenária. Alegação pela Curadoria de Ausentes, no curso do processo. Possibilidade.*

*O Curador Especial, atuando nos termos do art. 9º, II, parágrafo único, do Código de Processo Civil, substitui processualmente a parte revel e citada por editais, e assim pode em qualquer tempo argüir, em proveito desta, a prescrição de direitos patrimoniais.*

---

<sup>15</sup> NUNES, Reginaldo. *Idem*.

<sup>16</sup> É possível a nomeação de Curador Especial, em qualquer das hipóteses elencadas no art. 9º, do Código de Processo Civil. A referência contida no texto não é restritiva. Alude, apenas, à situação mais freqüente de designação de *custos ad litem*, no processo de execução fiscal.

## **RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.<sup>17</sup>**

Registro, outrossim, a desnecessidade de a exceção (*lato sensu*) da prescrição ser formulada, apenas, pela via dos embargos à execução.

Em matéria tributária, repito, o tema trata, na verdade, de *objeção de mérito*, em vista do efeito de caducidade da prescrição, previsto pelo Código Tributário Nacional, e da possibilidade de o juiz conhecê-la de ofício (*supra*).

É evidente, portanto, que a *matéria pode ser suscitada nos próprios autos da execução fiscal*. É uma *objeção de pré-executividade*, em sede de Direito Tributário.

*(...) diante de análise detida da natureza das objeções e das exceções, a mesma ordem de idéias, a nosso ver, aplica-se aos casos (...) que configuram objeções, podendo ser reconhecidas até mesmo de ofício, e que merecem questionamento nos próprios autos do processo de execução, quando configuradas. De outro lado, as matérias que representam exceções (...) requerem o acesso aos embargos. (...) O tratamento sugerido às hipóteses de objeções (...) evidencia o caráter instrumental do processo e permite ao julgador dar eficácia ao princípio da economia processual, uma vez que seria um absurdo exigir-se que referidas objeções de pré-executividade somente pudessem ser admitidas na via dos embargos à execução, encarecendo e retardando, desnecessariamente, a prestação jurisdicional.<sup>18</sup>*

Acentuo ser este o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

*(...) não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de*

---

<sup>17</sup> STJ, Resp. n° 9961-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 31-10-91, Unânime, DJU 2-12-91, p. 17.542 Grifei.

<sup>18</sup> CAIS, Cleide P. *O processo tributário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 275-276 Grifei.

*execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor (...).*<sup>19</sup>

Ora, com a prescrição, o título de execução fiscal (a certidão de dívida ativa), obviamente, perde o caráter de *exigibilidade*.

A desnecessidade dos embargos para suscitar em juízo o exame da prescrição tributária conta, também, com o prestigioso endosso dos EE. Tribunais Regionais Federais da Primeira e Segunda Regiões Judiciárias da Justiça Federal:

*Processo Civil. Execução Fiscal. Prescrição. Alegação. Embargos. Desnecessidade.*

*1. A prescrição pode ser argüida por simples petição, sem a interposição de embargos à execução (precedentes da Turma: AC 94.01.29079-2-MG).*

*2. Agravo provido.*<sup>20</sup>

*Processual Civil. Agravo de Instrumento. Prescrição Intercorrente. Inobservância de ocorrência face ao r. despacho que deixou de conhecer do pedido por entender ser cabível o exame da matéria prescricional pela via dos embargos.*

*1. A prescrição intercorrente, por sua natureza, pode ser argüida nos próprios autos da execução fiscal, não dependendo, pois, de embargos.*

*2. Recurso parcialmente provido. Decisão Unânime.*<sup>21</sup>

E, mesmo para quem atribui ao fenômeno da prescrição a natureza de exceção de mérito, em sentido estrito - *i.e.*, não aceita

---

<sup>19</sup> STJ, Terceira Turma, Resp. nº 13960-SP, 26-11-91, Rel. Min. Waldemar Zveiter, RJSTJ 4(40)/447, in ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 244, item 69, texto e nota 655 Grifei.

<sup>20</sup> TRF/1ª, Terceira Turma, Ag. nº 94.01.32533-MG, Rel. Juiz Tourinho Neto, Unânime, j. 21-11-94, DJ 1-12-94, p. 69878.

<sup>21</sup> TRF/2ª, Segunda Turma, Ag. nº 92.02.03721-RJ, Rel. Des. Fed. Alberto Nogueira, Unânime, j. 26-2-93, DJ 27-5-93 Grifei.

possa a questão ser conhecida de ofício (e lembro que cogito, neste passo, de *alegação formulada pelo Curador Especial*) - é possível admitir que o aludido fato extintivo do crédito tributário seja arguido nos próprios autos da execução.

É que, de acordo com o que dispõe o *art. 162, do Código Civil*, a prescrição pode ser alegada, em qualquer grau de jurisdição.

*Art. 162. A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita (grifei).*

Assim, mesmo no âmbito do direito privado - onde não há dúvida de que a prescrição não extingue direitos, nem pode ser apreciada pelo juízo, se não houver alegação do interessado (*art. 166, do Código Civil, e 219, § 5º, do Código de Processo Civil*) -, *a arguição do fato prescricional não se submete à preclusão* (o retardamento da alegação enseja, quando muito, a aplicação da pena do *art. 22, do códex de Processo*), *pelo que, não se sujeita, tampouco, ao prazo estabelecido pelo art. 738, do Código de Processo Civil, ou pelo art. 16, da Lei nº 6.830/80.*

Este entendimento, aliás, não implica novidade alguma.

É a tônica dos julgados do Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo:

*Execução - Prescrição Intercorrente - Reconhecimento nos próprios autos - Admissibilidade - Desnecessidade de embargos do devedor - Extinção do processo decretada - Sentença confirmada - Inteligência dos arts. 162 do CC e 269, IV, 618 e 795 do CPC. A prescrição, que desfaz a força executória do direito de credor e representa pena resultante de sua inércia, negligência ou inoperância, é suscetível de ser alegada a qualquer momento, independentemente da oposição de embargos do devedor.*<sup>22</sup>

E já constitui manifestação jurisprudencial consolidada na Súmula do E. Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro:

---

<sup>22</sup> TACívSP, AC. nº 367.266-3, Rel. Juiz Vasconcellos Pereira, 7ª Câmara, Unânime, j. 19-5-87, RT 624/105. Grifei.

*27 - É possível a alegação de prescrição da ação de execução, nos próprios autos, independente de penhora ou de oferecimento de embargos de devedor.*

### **A DISCIPLINA DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA - RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR**

O termo *a quo* e os fatores de interrupção, do lapso prescricional - *matéria constitucionalmente submetida à reserva de lei complementar* - são aqueles elencados no *caput* e no parágrafo único, do referido art. 174, do Código Tributário Nacional.

Neste sentido se manifesta copiosa jurisprudência, de que são expressivos exemplos os seguintes arestos, do EE. Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da Primeira Região Judiciária da Justiça Federal:

*(...) A prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário opera-se em cinco anos contados da data de sua constituição definitiva, consoante o art. 174 do CTN, que é lei complementar. (...) Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no parágrafo único do art. 174 do CTN, nele não incluídos os do art. 40 da Lei nº 6.830/80.*<sup>23</sup>

*Tributário. Repetição do indébito. Prazo de decadência. Critério segundo a origem da ação. (Câmara Leal). Princípio da Reserva Absoluta da Lei Complementar.*

*(...) III - As hipóteses de prescrição e decadência, em matéria tributária, são da reserva absoluta de Lei Complementar (CF, art. 146, inc. III, alínea b, e CTN, art. 141), não se admitindo interferência, nessa área, pelo legislador ordinário.*

---

<sup>23</sup> STJ, Resp. 12443-RN, Rel. Min. Peçanha Martins, Segunda Turma, j. 24-11-93, RSTJ. 56/169, DJ 7-2-94, p. 1.155, e TRF/1ª, Gabinete da Revista. Código tributário nacional interpretado. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 147/148. Grifei.

*IV - Apelação desprovida. Sentença confirmada, em sua doura conclusão.*<sup>24</sup>

Mesmo que normas como as dos arts. 8º, § 2º, e 40, ambos da Lei nº 6.830/80, se reputassem válidas, para a disciplina da extinção do crédito tributário - não o são, porque contidas em *lei ordinária*, constitucionalmente insuscetível de disciplinar a prescrição de tributos (*infra*) -, deveriam elas ser interpretadas em consonância com o valor maior da segurança jurídica, tutelado pelas normas da lei complementar tributária (o Código Tributário Nacional).

É o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

*Tributário - Execução Fiscal - Prescrição. CTN, art. 174. Lei nº 6.830/80.*

*I - As disposições do art. 40, e seus parágrafos, devem ser interpretadas em harmonia com o princípio geral da prescrição tributária contido no art. 174, do Código Tributário Nacional, que é lei complementar.*

*II - Esse entendimento de afastar a prescrição por tempo indefinido se assenta no princípio de que deve haver um momento de estabilidade jurídica, geradora da paz social, que é o objetivo primordial do Poder Judiciário, e esta estabilidade, em termos de prescrição da ação para a cobrança do crédito tributário, se assenta no art. 174, fixada em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, só interrompida nas hipóteses que enumera no seu parágrafo único, não incluída nestas a do art. 40, da Lei nº 6.830/80.*

*III - Recurso conhecido e provido.*<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> TRF/1ª, AC. nº 107284-MG, 4ª Turma, Rel. Juiz Souza Prudente, Unânime, j. 8-5-95, DJ. 12-6-95, p. 36.600. Grifei.

<sup>25</sup> STJ, Resp. nº 1942-PR, reg. nº 900000264-8, Rel. Min. José de Jesus, Primeira Turma, Unânime, DJU, 17-12-90, Ementário da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nº 3, ano 2.

O grande argumento pelo qual se defende a possibilidade de disciplina da prescrição de tributos, por lei ordinária, é o de que a Constituição da República não exige nível de validade mais elevado para a edição de normas de Processo. Ocorre que este ramo do Direito tem por finalidade disciplinar a conduta do Estado, no âmbito da relação processual (instrumento para o exercício da jurisdição), contexto radicalmente diverso - *rogata maxima venia* - daquele onde se situa o instituto da prescrição tributária. *Esta incide diretamente sobre a relação jurídica de direito material* (a obrigação tributária) - art. 156, inc. V, do Código Tributário Nacional - daí porque as normas que a disciplinam possuem inequívoca natureza *material*.

Impõe-se-me reconhecer, por força do que dispõe a alínea *b*, do inc. III, do art. 146, da Constituição da República, incumbe exclusivamente à lei complementar - *in casu*, o Código Tributário Nacional - estabelecer a disciplina jurídica da prescrição tributária, inclusive, no que concerne à suspensão e interrupção do lapso prescricional. A Lei nº 6.830/80 - diploma legal ordinário - não dispõe do nível de validade exigido pelo Estatuto Político para fazê-lo, motivo por que aludidas normas da Lei de Execuções Fiscais (art. 8º, § 2º, e 40, *caput, in fine*) ressentem-se de patente inconstitucionalidade.

### ***PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EM FACE DA INÉRCIA DO EXEQÜENTE***

Registro, por oportuno, que a alegação da impossibilidade jurídica do reconhecimento da prescrição intercorrente *cede* diante das situações em que se verifique a *inércia do Exeqüente* em promover o eficiente andamento da execução.

É o que ensina Humberto Theodoro Júnior:

*Prescrição intercorrente. (...) Hoje, pode-se dizer tranqüilo o entendimento jurisprudencial de que a Fazenda Pública não pode abandonar a execução fiscal pendente sem correr o risco da prescrição intercorrente, desde é claro que a*



*paralisação dure mais do que o quinquênio legal. (...) Assim, o STF reconheceu que, não tendo a Fazenda Pública requerido a prorrogação de que cuida o art. 219, §§ 3º e 4º, do CPC, nada tendo diligenciado para que a citação do devedor se cumprisse antes de completar o prazo prescricional, caracterizou-se a inércia suficiente para que a prescrição intercorrente se consumasse (RE 99.867-5-SP, 1ª T., Rel. Min. Néri da Silveira, ac. de 30-4-84, DJU, 1º-3-84, p. 2.098). Para o antigo TFR a tese prevalente era a mesma: (...) A prescrição intercorrente é cabível na execução fiscal. Ela ocorrerá, todavia, se a paralisação do feito ocorrer por culpa exclusiva do exequente (TFR, 4ª T., AC 85.427, Rel. Min. Carlos M. Velloso, ac. de 26-11-84, DJU, 13-12-84, p. 21.484. No mesmo sentido: AC 94.370, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ac. de 21-11-84, DJU, 7-2-85, p. 771). (...) Com o advendo do Superior Tribunal de Justiça, não houve inovação jurisprudencial a respeito do tema: (...) Execução Fiscal - Prescrição intercorrente - ocorrência, in casu, dada a paralisação do feito, por mais de cinco anos, sem que fosse citado o devedor, por culpa exclusiva do exequente (STJ, AR 26-RJ, 1ª Sec., Rel. Min. Geraldo Sobral, ac. de 17-10-89, DJU, 4-12-89, p. 17.870).<sup>26</sup>*

O próprio teor do excerto doutrinário acima transcrito já esclarece que a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça verbera a mesma e acertada concepção. É o que posso extrair do seguinte julgado, particularmente expressivo, entre os muitos que poderia apresentar, acerca do tema em questão:

*Processual Civil - Execução Fiscal - Prescrição Intercorrente - Inércia do credor.*

*A jurisprudência da Egrégia 2ª Turma se firmou no sentido de que, não obstante o disposto no art. 40, caput e § 3º, da Lei nº 6.830, de 1988 (rectius, 1980), a falta de citação do devedor por mais de cinco anos contados do despacho que a*

---

<sup>26</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 121/122, item 74b. Alguns grifos não estão no original.

*ordenou, imputável à inércia do credor, autoriza a extinção da execução fiscal, à base da prescrição intercorrente. Ressalva do ponto de vista pessoal do relator. Recurso especial não conhecido.*<sup>27</sup>

Registro, por oportuno, que a inércia do autor constitui, *in casu*, óbvio comportamento de coação do réu - dado que a existência do registro da distribuição da ação inibe a prática de inúmeros negócios jurídicos, como a compra e venda de imóveis - , diverso daqueles expedientes de coerção explicitamente autorizados por lei e *cuja prática incumbe, juridicamente, ao juiz*.

## CONCLUSÕES

1. À semelhança da prescrição penal, a prescrição tributária apresenta efeito de caducidade, porque extingue o crédito tributário (direito material).

2. Assim tal como ocorre no âmbito penal, é possível ao juízo reconhecer, de ofício, a prescrição tributária.

3. É lícito ao juízo reconhecer, também de ofício, a prescrição em favor da Fazenda Pública, dada a indisponibilidade do interesse público.

4. O curador especial está habilitado a suscitar o exame da prescrição, na qualidade de representante judicial do réu, nas hipóteses do art. 9º, do Código de Processo Civil.

5. A dedução em juízo da alegação de prescrição prescinde da propositura de embargos do devedor, motivo por que pode efetuar-se nos próprios autos da ação de execução.

6. A prescrição tributária e de dívidas passivas da Fazenda Pública constitui objeção de pré-executividade, pelo que não sofre preclusão.

---

<sup>27</sup> STJ, Resp nº 8815-0-RJ, Rel. Min. Ari Parglender, Segunda Turma, Unânime, DJ. 16-10-95. Retifiquei a referência à data da Lei de Execuções Fiscais Grifei.

7. A prescrição tributária é tema de direito material e constitucionalmente reservado à disciplina de lei complementar, motivo da inconstitucionalidade das normas da Lei nº 6.830/80 - de nível legal ordinário - que dispõe acerca do mencionado assunto.

8. É juridicamente viável o reconhecimento da prescrição intercorrente, ante a inércia processual do autor da execução.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ANTUNES Varela, J. M. *Direito das obrigações*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2ª tiragem, 1979.
- CAIS, Cleide P. *O processo tributário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GRINOVER, Ada. P. *et alii. Teoria geral do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- LIMA, Sebastião de O. *A declaração pelo juiz, de ofício, da prescrição tributária, in Caderno de pesquisas tributárias. Decadência e prescrição*. 3ª tiragem, 1991. São Paulo: Resenha Tributária e Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1976.
- LISSNER, Ivar. *Os césores*. 2ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1964.
- MACHADO, Hugo de B. *Curso de direito tributário*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- NUNES, Reginaldo. *Da prescrição em favor do estado e sua declaração ex officio*, in RT 352/26-28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, nº 352.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- TRF/1ª, Gabinete da Revista. *Código tributário nacional interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- VELLOSO, Carlos Mário da S. *A decadência e a prescrição do crédito tributário - As contribuições previdenciárias - A Lei nº 6.830, de 22-9-80: Disposições inovadoras*, in *Revista de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 9-10.